



**University of  
Zurich**<sup>UZH</sup>

**Zurich Open Repository and  
Archive**

University of Zurich  
University Library  
Strickhofstrasse 39  
CH-8057 Zurich  
[www.zora.uzh.ch](http://www.zora.uzh.ch)

---

Year: 2016

---

## **Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG**

Gottini, Melanie ; Von der Crone, Hans Caspar

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich  
ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-136318>  
Journal Article

Originally published at:

Gottini, Melanie; Von der Crone, Hans Caspar (2016). Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG. Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 88(6):640-650.

## Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG

Bundesgerichtsurteil 2C\_739/2015 vom 25. April 2016 (zur Publikation vorgesehen)

Mit Bemerkungen von Melanie Gottini und Hans Caspar von der Crone\*

### Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen der Gerichte
  - 1. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. Juni 2015
  - 2. Urteil des Bundesgerichts vom 25. April 2016
- III. Bemerkungen
  - 1. Tatbestandselemente von Art. 33 FINMAG
  - 2. Charakter des Berufsverbots gemäss Art. 33 FINMAG
  - 3. Berufsverbot und Rechtskraft
  - 4. Schlussbemerkungen

### I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

Ausgangspunkt für den vorliegend zu besprechenden Entscheid war ein von der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA gegen die Bank X. AG (zum Urteilszeitpunkt: X. Administration AG; nachfolgend: Bank) geführtes Verfahren aufgrund schwerer Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen. Im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft der Bank eröffnete die FINMA alsdann am 30. September 2013 ein eingreifendes Verwaltungsverfahren gegen den zwischen 2008 und November 2012 amtierenden CEO der Bank (nachfolgend: A. oder Beschwerdeführer). Mit Verfügung vom 4. Juli 2014 untersagte die FINMA A. die Ausübung einer leitenden Stellung bei einem von ihr beaufsichtigten Institut für die Dauer von zwei Jahren (Dispositivziffer 1). Ferner verfügte die FINMA ein Zustimmungserfordernis für die Herausgabe von Informationen an Dritte bezüglich der gegen die Bank und A. geführten Verfahren (Dispositivziffer 2), verwies auf Art. 48 FINMAG (Strafandrohung im Widerhandlungsfall; Dispositivziffer 3) und entzog einer allfälligen Beschwerde gegen Dispositivziffer 2 die aufschiebende Wirkung (Dispositivziffer 4). Die Verfahrenskosten wurden A. auferlegt (Dispositivziffer 5). Die FINMA begründete die Anordnung des Berufsverbots im Wesentlichen mit dem Umstand, dass A. über Jahre zielstrebig ein sorgfaltswidriges Geschäftsmodell umgesetzt habe. Die damit verbundenen Rechts- und Reputationsrisiken hätten in keinem

angemessenen Verhältnis zur Grösse der Bank gestanden und die möglichen Konsequenzen seien A. bewusst gewesen. Gegen diese Verfügung der FINMA erhob A. gleichentags Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Mit Teilurteil vom 29. Juni 2015 wies das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde von A. ab. In der Folge gelangte A. mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 1. September 2015 an das Bundesgericht. Die Beschwerde wurde gutgeheissen.

### II. Erwägungen der Gerichte

#### 1. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. Juni 2015

Aus prozessökonomischen Gründen wurde das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht teilweise sistiert. Das Teilurteil vom 29. Juni 2015 bezieht sich daher lediglich auf das Berufsverbot, den damit verbundenen Hinweis auf Art. 48 FINMAG im Widerhandlungsfall und die Auflage der Verfahrenskosten.<sup>1</sup>

Zunächst macht das Bundesverwaltungsgericht Ausführungen zum Charakter des Berufsverbots nach Art. 33 FINMAG und kommt zum Schluss, dass es sich bei dieser Massnahme um eine Sanktion verwaltungsrechtlicher bzw. aufsichtsrechtlicher Natur handle.<sup>2</sup>

Das vorliegend gegen den Beschwerdeführer ausgesprochene Berufsverbot sowie die Kostenaufgabe von CHF 30 000 für das Verfahren vor der FINMA beurteilt das Bundesverwaltungsgericht als bundesrechtskonform.<sup>3</sup> Insbesondere hält es fest, dass es der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft der Bank trotz hinreichender Anhaltspunkte für die prekäre Risikolage der Bank pflichtwidrig unterlassen habe, eine eigene Risikoanalyse zu erstellen oder andere Massnahme zu ergreifen.<sup>4</sup> Das Verhalten des Beschwerdeführers wird als schuldhaft und für die schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen durch die Bank kausal qualifiziert.<sup>5</sup> Im vorliegenden Verfahren sei hingegen nicht (vorfrageweise) zu prüfen, ob die Bank aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer

\* MLaw Melanie Gottini und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar unter <<http://www.rwi.uzh.ch/vdc>>.

<sup>1</sup> BVGer B-5041/2014 vom 29. Juni 2015, E. 2.

<sup>2</sup> BVGer B-5041/2014 vom 29. Juni 2015, E. 3.2 ff.

<sup>3</sup> BVGer B-5041/2014 vom 29. Juni 2015, E. 6.

<sup>4</sup> BVGer B-5041/2014 vom 29. Juni 2015, E. 3.6.10.

<sup>5</sup> BVGer B-5041/2014 vom 29. Juni 2015, E. 3.6.12.

verletzt hat, sondern es sei vielmehr von diesem rechtskräftig festgestellten Umstand auszugehen.<sup>6</sup>

## 2. Urteil des Bundesgerichts vom 25. April 2016

### 2.1 Abgrenzung

Das Bundesgericht weist zunächst darauf hin, dass das Berufsverbot im Sinne von Art. 33 FINMAG vom Gewährserfordernis, welches gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG eine durch die oder den Beaufsichtigten dauernd einzuhaltende Bewilligungsvoraussetzung darstellt, abzugrenzen ist.<sup>7</sup> Das finanzmarktrechtliche Berufsverbot setze nicht voraus, dass die mit einer Sanktion zu belegende Person in einer bestimmten Beziehung zu einer oder einem Beaufsichtigten stehe.<sup>8</sup>

### 2.2 Schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen

Die Bank hat die an sie gerichtete Verfügung der FINMA mit Bezug auf die Feststellung, sie habe aufsichtsrechtliche Bestimmungen im Zusammenhang mit dem grenzüberschreitenden US-Kundengeschäft ab dem Jahr 2008 schwer verletzt, innert Frist nicht angefochten.<sup>9</sup> Dieser Umstand stehe – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – einer Überprüfung der Tatbestandsmerkmale des Berufsverbots (Art. 33 FINMAG) im nachfolgend gegen die natürliche, für die Bank tätig gewesene Person geführten Verfahren, nicht entgegen.<sup>10</sup> Das Bundesgericht hält diesbezüglich fest, dass dem Beschwerdeführer der gegen die Bank ergangene Entscheid unter dem Gesichtspunkt der materiellen Rechtskraft wegen fehlender Identität der Parteien nicht entgegen gehalten werden könne.<sup>11</sup> Im vorinstanzlichen Verfahren sei nicht geprüft worden, ob der durch den Beschwerdeführer (aktiv oder passiv) bewirkte Zustand der Bank als schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen qualifiziert werden könne, obwohl der Beschwerdeführer dies bestritten und mit zahlreichen Vorbringen be-

gründet habe.<sup>12</sup> Die Vorinstanz sei vom Vorliegen einer schweren Pflichtverletzung durch die Bank ausgegangen, habe nur noch das persönliche Verhalten des Beschwerdeführers beurteilt und damit ein rechtserhebliches Tatbestandselement von Art. 33 FINMAG ungeprüft gelassen, weshalb sich die Beschwerde in diesem Punkt als begründet erweise.<sup>13</sup>

### 2.3 Rechtsnatur des Berufsverbots nach Art. 33 FINMAG

Schliesslich befasst sich das Bundesgericht eingehend mit der Rechtsnatur des finanzmarktrechtlichen Berufsverbots und kommt zum Ergebnis, dass Art. 33 FINMAG nicht als strafrechtliche Anklage im Sinne der oben genannten Bestimmungen zu qualifizieren sei.<sup>14</sup> Dies wurde zum einen damit begründet, dass das finanzmarktrechtliche Berufsverbot nach nationalem Recht als administrative Massnahme und nicht als strafrechtliche Sanktion zu qualifizieren sei.<sup>15</sup> Zum anderen richte sich das Berufsverbot seiner Natur nach nicht an die Allgemeinheit, sondern an einen spezifischen Berufsstand.<sup>16</sup> Ferner handle es sich bei der durch das Berufsverbot bewirkten Verringerung der Berufswahlmöglichkeiten hinsichtlich ihrer Art und Schwere vorab um eine polizeirechtlich motivierte und zeitlich limitierte Einschränkung der verfassungsrechtlichen Wirtschaftsfreiheit.<sup>17</sup> Unter diesem Aspekt erweise sich das Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG als identisch mit dem Berufsausübungsverbot, welches als Disziplinar-massnahme gegen Anwälte ausgesprochen werden könne (Art. 17 Abs. 1 lit. d BGFA).<sup>18</sup>

<sup>6</sup> BVGer B-5041/2014 vom 29. Juni 2015, E. 3.5.3.5.

<sup>7</sup> BGer 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 2.2.

<sup>8</sup> BGer 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 2.2.

<sup>9</sup> BGer 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 2.3.

<sup>10</sup> BGer 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 2.3.

<sup>11</sup> BGer 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 2.3.

<sup>12</sup> BGer 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 2.4.

<sup>13</sup> BGer 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 2.4.

<sup>14</sup> BGer 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 3.3 f.

<sup>15</sup> BGer 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 3.4.

<sup>16</sup> BGer 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 3.4.

<sup>17</sup> BGer 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 3.4.

<sup>18</sup> BGer 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 3.4.

### III. Bemerkungen

#### 1. Tatbestandselemente von Art. 33 FINMAG

##### 1.1 Schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen

Voraussetzung für die Erteilung eines Berufsverbots im Sinne von Art. 33 FINMAG ist zunächst die Feststellung einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen durch die FINMA. Unter aufsichtsrechtlichen Bestimmungen sind Gesetze, Verordnungen und Rundschreiben, welche die Pflichten der Beaufsichtigten festlegen, sowie die von der FINMA genehmigten Selbstregulierungsstandards zu verstehen.<sup>19</sup> Ein Verstoss gegen ausländisches Recht kann eine indirekte Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen darstellen, obwohl die FINMA für die Überwachung bzw. Durchsetzung der Einhaltung ausländischen Aufsichtsrechts nicht zuständig ist.<sup>20</sup>

Die Praxis zur Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung, welche von einem erweiterten Kreis einzuhaltender Regeln ausgeht, darf nicht unbesehen auf potentielle Berufsverbotsfälle übertragen werden.<sup>21</sup> An Personen, welche zwar unter den persönlichen Anwendungsbereich von Art. 33 FINMAG fallen, jedoch nicht zugleich einem Gewährserfordernis unterstehen, können nicht die gleichen Anforderungen gestellt werden wie an Gewährspersonen.<sup>22</sup> Ansonsten würde die Anwendung des Berufsverbots faktisch in unzulässiger Weise zur Ausdehnung des

Gewährserfordernisses auf sämtliche bei einem beaufsichtigten Institut tätigen Personen führen.<sup>23</sup> Entscheidend ist vor dem Hintergrund von Art. 33 FINMAG, ob das Verhalten der «verantwortlichen Person» kausal und schuldhaft zu einer schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen bei einem beaufsichtigten Institut bzw. bei einem eine bewilligungspflichtige Tätigkeit ausübenden, jedoch ohne entsprechende Bewilligung tätigen Unternehmen geführt hat.<sup>24</sup>

Beim Terminus «schwere Verletzung» handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, den die FINMA im Rahmen ihres Ermessens zu konkretisieren hat.<sup>25</sup> Diese Auslegung kann vom Bundesverwaltungsgericht grundsätzlich überprüft werden, wobei es der FINMA einen gewissen fachtechnischen Beurteilungsspielraum zuzugestehen hat.<sup>26</sup>

Mehrere Normen im Abschnitt «Weitere Aufsichtsinstrumente» des FINMAG enthalten das Tatbestandselement der «schweren Verletzung» aufsichtsrechtlicher Bestimmungen.<sup>27</sup> Die in diesem Abschnitt geregelten Massnahmen haben jeweils sehr unterschiedliche Konsequenzen für die betroffenen Personen. Ein Berufsverbot ist beispielsweise einschneidender als eine Feststellungsverfügung nach Art. 32 FINMAG, weshalb höhere Anforderungen an die Schwere der Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen gelten.<sup>28</sup> Eher vergleichbar ist das Berufsverbot mit der Veröffentlichung aufsichtsrechtlicher Verfügungen nach Art. 34 FINMAG.<sup>29</sup> Zu Art. 34 FINMAG hat das Bundesgericht festgehalten, dass eine einmalige, punktuelle und untergeordnete Verletzung finanzmarktrechtlicher Pflichten für die An-

<sup>19</sup> Botschaft des Bundesrats zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG) vom 1. Februar 2006, BBl 2006, 2829 ff., 2880; Christoph Kuhn, Das Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, Veröffentlichungen aus dem LL.M.-Studiengang Internationales Wirtschaftsrecht der Universität Zürich und des Europa Instituts an der Universität Zürich Bd. 78, Zürich/Basel/Genf 2014, 28; Urs Zulauf/David Wyss/Kathrin Tanner et al., Finanzmarktenforcement, 2. Aufl., Bern 2014, 13.

<sup>20</sup> Kuhn (Fn. 19), 29 f.; Urs Zulauf, «Weissgeldstrategie» für das Schweizer Private Banking?, in: Isler Peter R./Cerutti Romeo (Hrsg.), Vermögensverwaltung VI, Zürich/Basel/Genf 2013, 7–40, 17; so auch BGer 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 3.1.

<sup>21</sup> Peter Ch. Hsu/Rashid Bahar/Daniel Flühmann, in: Watter Rolf/Vogt Nedim Peter (Hrsg.), Basler Kommentar Börsengesetz/Finanzmarktaufsichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011, N 15 f. zu Art. 33 FINMAG; Kuhn (Fn. 19), 28 f.

<sup>22</sup> BSK-Hsu/Bahar/Flühmann (Fn. 21), N 16 zu Art. 33 FINMAG; Kuhn (Fn. 19), 29.

<sup>23</sup> Kuhn (Fn. 19), 29.

<sup>24</sup> BSK-Hsu/Bahar/Flühmann (Fn. 21), N 16 zu Art. 33 FINMAG; Kuhn (Fn. 19), 29.

<sup>25</sup> BVGE 2013/59, E. 9.3.6; BVGer B-5041/2014 vom 29. Juni 2015, E. 3.5.1; eingehend zu dieser Thematik Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, N 413 ff.

<sup>26</sup> BSK-Hsu/Bahar/Flühmann (Fn. 21), N 17 zu Art. 33 FINMAG; Damian K. Graf, Berufsverbote für Gesellschaftsorgane: das Sanktionsregime im Straf- und Finanzmarktrecht, AJP 23 (2014) 9, 1159–1206, 1203; Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 25), N 417 u. 419 f.; Kuhn (Fn. 19), 30 f.

<sup>27</sup> Vgl. Art. 32 und 34 f. FINMAG.

<sup>28</sup> Verhältnismässigkeitsgrundsatz (Art. 5 Abs. 2 BV); BSK-Hsu/Bahar/Flühmann (Fn. 21), N 17 zu Art. 33 FINMAG; Kuhn (Fn. 19), 31 f.

<sup>29</sup> BVGE 2013/59, E. 9.3.7; BVGer B-5041/2014 vom 29. Juni 2015, E. 4.1.

ordnung dieser Massnahme nicht genüge, da es sich bei der Veröffentlichung um einen wesentlichen Eingriff in die allgemeinen sowie wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte des Betroffenen handle.<sup>30</sup> Bei einer unerlaubten gewerbsmässigen Entgegennahme von Publikumseinlagen sei regelmässig allein aufgrund des Tatbestands von einer gewissen Schwere der Verletzung auszugehen, die zum Schutz des Publikums eine Veröffentlichung grundsätzlich rechtfertige, sofern eine Wiederholungsgefahr nicht ausgeschlossen werden kann.<sup>31</sup>

Eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Pflichten im Zusammenhang mit einem Berufsverbot wurde vom Bundesverwaltungsgericht etwa in folgender Sachverhaltskonstellation bejaht: Die von der FINMA mit einem Berufsverbot belegte Person war als Teamleiterin einer Bank u.a. zuständig für deren Geschäftsbeziehung zu einer externen Vermögensverwalterin (Kundin der Bank) und ist in diesem Zusammenhang der Abklärungs- und Dokumentationspflicht nach Art. 6 und 7 GwG während vieler Jahren nicht nachgekommen, obwohl die Auffälligkeiten in dieser Geschäftsbeziehung für sie augenfällig waren. Zudem hat die betreffende Person die bankinternen Informationspflichten verletzt, dabei die zu informierenden Gremien gar mit Falschinformationen getäuscht und zwei Beschlüsse des Kreditausschusses weitestgehend ignoriert. Schliesslich hat sie sich während Jahren nicht an die internen Telefaxweisungen und Archivierungsvorschriften gehalten und ihre Mitarbeiter ungenügend instruiert und überwacht.<sup>32</sup>

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass keine abstrakten Kriterien bzw. Schwellen festgelegt werden können, ab wann eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen vorliegt. Vielmehr muss in jedem Einzelfall geprüft werden, ob der konkrete Verstoß die ins Auge gefasste Sanktion vor dem Hintergrund der Regelungszwecke des FINMAG als gerechtfertigt erscheinen lässt.<sup>33</sup>

Im vorliegenden Fall hat das Bundesverwaltungsgericht nicht geprüft, ob die Bank aufsichtsrechtliche Bestimmungen schwer verletzt hat, obwohl der Beschwerdeführer dies mit zahlreichen Argumenten

bestritten hat, sondern es hat sich diesbezüglich auf das rechtskräftig abgeschlossene Verfahren gegen die Bank gestützt und ist vom Vorliegen einer schweren Pflichtverletzung ausgegangen. Beurteilt wurde lediglich das persönliche Verhalten des Beschwerdeführers. Das Bundesgericht erachtet die Beschwerde in diesem Punkt als begründet und weist die Sache zur Sachverhaltsergänzung und zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurück, wobei es dieser einige klare Vorgaben für das neue Urteil in Erinnerung ruft.<sup>34</sup> Insbesondere gelte es zu beachten, dass der zentrale, gegen den Beschwerdeführer erhobene Vorwurf in einer Unterlassung liege.<sup>35</sup> Für eine i.S.v. Art. 61 VwVG ausreichende, den verfassungsrechtlichen Anforderungen von Art. 29 Abs. 2 BV genügende Begründung sei detailliert aufzuzeigen, aus welcher aufsichtsrechtlichen Bestimmung die Pflicht zur Vornahme welcher Handlung fliesst und inwiefern die Verfahrenspartei diese spezifische Handlung, trotz bestehender rechtlicher Handlungspflicht, unterlassen hat.<sup>36</sup>

## 1.2 Persönlicher Anwendungsbereich (verantwortliche Person)

Das Berufsverbot richtet sich gemäss Art. 33 Abs. 1 FINMAG gegen die für eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen verantwortliche Person. Vom persönlichen Anwendungsbereich sind lediglich natürliche Personen erfasst.<sup>37</sup> Dies stellt eine Ausnahme des Konzepts der Institutsaufsicht dar, welches das schweizerische Finanzmarktrecht prägt.<sup>38</sup> Adressat der im konkreten Fall einschlägigen aufsichtsrechtlichen Bestimmung, für deren Verletzung die natürliche Person verantwortlich ist, wird hingegen in der Regel ein beaufsichtigtes Institut bzw. ein bewilligungspflichtiges, ohne entsprechende Bewilligung tätiges Unternehmen sein.<sup>39</sup> Der Wortlaut von Art. 33 FINMAG lässt den Kreis der potentiell mit einem Berufsverbot zu belegenden Personen

<sup>30</sup> BGer 2C\_122/2014 vom 19. Juli 2014, E. 6.1.

<sup>31</sup> BGer 2C\_122/2014 vom 19. Juli 2014, E. 6.1 m.w.H.

<sup>32</sup> BVGer B-1906/2015 vom 6. Oktober 2015, E. 7.1.1, 8.7 u. 10.8.1.

<sup>33</sup> So auch Kuhn (Fn. 19), 32; Zulauf/Wyss/Tanner et al. (Fn. 19), 224 f.

<sup>34</sup> BGer 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 2.4 u. 3.1.

<sup>35</sup> BGer 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 3.1.

<sup>36</sup> BGer 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 3.1.

<sup>37</sup> BSK-Hsu/Bahar/Flühmann (Fn. 21), N 9 zu Art. 33 FINMAG.

<sup>38</sup> BGer 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 2.2 mit Hinweis auf Art. 3 lit. a FINMAG; BSK-Hsu/Bahar/Flühmann (Fn. 21), N 9 zu Art. 33 FINMAG; Graf (Fn. 26), 1201.

<sup>39</sup> BSK-Hsu/Bahar/Flühmann (Fn. 21), N 12 zu Art. 33 FINMAG.



offen. Unbestritten ist, dass das Berufsverbot einen weiteren persönlichen Anwendungsbereich hat als die Gewährsprüfung, von der nur Mitglieder der obersten Organe der Beaufsichtigten erfasst sind.<sup>40</sup> Hingegen ist unklar, ob auch einer verantwortlichen Person, die im Zeitpunkt der schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen nicht in leitender Stellung tätig war, ein Berufsverbot auferlegt werden kann – was einer Ausweitung auf sämtliche Mitarbeiter des beaufsichtigten Instituts entsprechen würde – oder ob die Anwendung von Art. 33 FINMAG auf Personen in leitender Stellung zu begrenzen ist. Gemäss Botschaft soll die FINMA bei schwerer Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen, «den verantwortlichen Personen die Tätigkeit in leitender Stellung bei Beaufsichtigten» untersagen können.<sup>41</sup> Ein Teil der Lehre erachtet eine weite Auslegung des personellen Anwendungsbereichs von Art. 33 FINMAG aufgrund des Wortlauts sowie mit Blick auf die Entstehungsgeschichte und den Zweck der Bestimmung als gerechtfertigt, zumal von der Gewährsprüfung vergleichsweise wenige Personen erfasst sind.<sup>42</sup> Weniger weit geht die Auffassung, dass die betreffende Person bereits eine leitende Stellung innehaben musste, wobei jedoch die Ausdehnung auf Fehlverhalten von Personen an der Schwelle zur Übernahme einer solchen Funktion befürwortet wird.<sup>43</sup>

Im vorliegenden Entscheid hat das Bundesgericht dazu ausgeführt, dass sich das Berufsverbot gemäss Art. 33 FINMAG seiner Natur nach nicht an die Allgemeinheit, sondern nur an Personen in leitender

Stellung bei einer oder einem Beaufsichtigten und damit an einen spezifischen Berufsstand richte, welcher durch die Sanktionsandrohung zu einer im Sinne des Aufsichtsrechts korrekten Berufsausübung angehalten werden soll.<sup>44</sup> Diese Aussage erfolgte jedoch im Kontext der Diskussion, ob dem Berufsverbot Strafrechtscharakter zukommt<sup>45</sup> und ist dementsprechend zu würdigen. Demgegenüber enthält die Erwägung, in welcher der personelle Anwendungsbereich thematisiert wird, keine vergleichbare Aussage.<sup>46</sup> Es ist deshalb nicht davon auszugehen, dass das Bundesgericht mit dieser Erwägung gewissermassen *en passant* eine Präzisierung des persönlichen Anwendungsbereichs von Art. 33 FINMAG beabsichtigt hat.<sup>47</sup> Überzeugend ist ferner die entsprechende Argumentation von Kuhn, der verschiedene Probleme aufzeigt, wenn nur Personen in leitender Stellung von Art. 33 FINMAG erfasst wären: Einerseits könnten allenfalls Personen, welche für die Verletzung aufsichtsrechtlicher Pflichten direkt verantwortlich sind, nicht belangt werden, andererseits ist es nicht immer möglich, die Verletzung unmittelbar einer Person in leitender Stellung zuzurechnen.<sup>48</sup> Die Ausweitung des Berufsverbots auf sämtliche Mitarbeiter eines beaufsichtigten Instituts wird zudem damit begründet, dass dessen Anwendung ohnehin durch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit begrenzt wird, weshalb die FINMA kaum einer Person die Tätigkeit in leitender Stellung untersagen werde, wenn diese gar nicht für eine solche Position in Frage kommt.<sup>49</sup> In diese Richtung geht auch die Einschätzung der FINMA in ihrer «Enforcement-Policy», wonach das Gefahrenpotential bei Vertretern der obersten Hierarchiestufen höher sei als auf tieferer Ebene.<sup>50</sup> Es erscheint u.E. gar als unwahrscheinlich, dass ein Verhalten eines Mitarbeiters auf einer tiefen Hierarchiestufe als kausal für eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen durch die Bank qualifiziert werden kann. Folglich wird die Anwendbarkeit von Art. 33 FINMAG auf sämtliche Mitarbeiter der beaufsichtig-

<sup>40</sup> Botschaft (Fn. 19), 2881 f.; BSK-Hsu/Bahar/Flühmann (Fn. 21), N 12 zu Art. 33 FINMAG; Graf (Fn. 26), 1202; Philipp H. Haberbeck, Stellt das Gewährserfordernis gemäss Art. 3 Abs. 2 lit. c BankG eine aufsichtsrechtliche Bestimmung im Sinne von Art. 33 FINMAG (Berufsverbot) dar?, Jusletter (8. Februar 2016), 6; Kuhn (Fn. 19), 23 f.; Peter Nobel, Schweizerisches Finanzmarktrecht und internationale Standards, 3. Aufl., Bern 2010, § 7 N 106; Felix Uhlmann, Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG, SZW 83 (2011) 5, 437–448, 439; Urs Zulauf, Gewähr im Gericht, Sonderbulletin FINMA (2013) 2, 19; Urs Zulauf/Mirjam Eggen, Finanzmarktrecht, Zürich/St. Gallen 2013, 144; Zulauf/Wyss/Tanner et al. (Fn. 19), 230.

<sup>41</sup> Botschaft (Fn. 19), 2882.

<sup>42</sup> Guillaume Braidı, L'interdiction d'exercer selon l'art. 33 LFINMA: étendue, délimitations et qualification, SZW 85 (2013) 3, 204–219, 206; BSK-Hsu/Bahar/Flühmann (Fn. 21), N 13 zu Art. 33 FINMAG; Graf (Fn. 26), 1202; Kuhn (Fn. 19), 26.

<sup>43</sup> Uhlmann (Fn. 40), 439.

<sup>44</sup> BGER 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 3.4; so bereits BGER 2C\_1055/2014, E. 4.2.

<sup>45</sup> Vgl. dazu sogleich III.2.1.

<sup>46</sup> Vgl. BGER 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 3.4.

<sup>47</sup> A.A. Philipp H. Haberbeck, Bundesgerichtsurteil 2C\_739/2015 betreffend das Berufsverbot gemäss Art. 33 FINMAG, AJP 25 (2016) 7, 981–987, 985 f.

<sup>48</sup> Kuhn (Fn. 19), 26.

<sup>49</sup> Kuhn (Fn. 19), 26.

<sup>50</sup> Enforcement-Policy der FINMA, Grundsatz 8.

ten Institute nicht dazu führen, dass Angestellte einer sehr tiefen Hierarchiestufe mit einem Berufsverbot belegt werden. Die FINMA hat dadurch jedoch im Einzelfall die Möglichkeit, Berufsverbote gegen Personen auszusprechen, welche zwar nicht in leitender Stellung tätig sind (bzw. knapp darunter), denen aber die Verletzung aufsichtsrechtlicher Pflichten klar zugerechnet werden kann. Aus diesen Gründen ist eine weite Auslegung des persönlichen Anwendungsbereichs von Art. 33 FINMAG zu befürworten.

Die Eröffnung des personellen Anwendungsbereichs setzt jedenfalls nicht voraus, dass die mit einer Sanktion zu belegende Person in einer bestimmten Beziehung zu einem beaufsichtigten Institut steht, weshalb das finanzmarktrechtliche Berufsverbot auch nach beendetem Arbeitsverhältnis ausgesprochen werden kann.<sup>51</sup> *A maiore ad minus* kann auch nicht verlangt werden, dass die fehlbare Person im Zeitpunkt des Entscheids der FINMA bezüglich Auferlegung des Berufsverbots eine leitende Stellung innehat.<sup>52</sup>

Hingegen ist es für die Anordnung eines Berufsverbots zwingend erforderlich, dass der betreffenden Person eine individuelle Verantwortlichkeit nachgewiesen werden kann, mithin ein schuldhaftes Verhalten vorliegt.<sup>53</sup> Ein Verschulden kann nicht nur bei entsprechendem Vorsatz, sondern auch bei blosser Fahrlässigkeit bejaht werden.<sup>54</sup>

Schliesslich ist festzuhalten, dass die Sanktion nach Art. 33 FINMAG auch erlassen werden kann, wenn die betroffene Person erklärt, nicht mehr im Finanzsektor tätig werden zu wollen.<sup>55</sup>

Vorliegend ist unumstritten, dass der Beschwerdeführer als ehemaliger, im Zeitraum der behaupteten Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen amtierender CEO sowie vorsitzendes Geschäftsleitungsmitglied der Bank vom personellen Anwendungsbereich von Art. 33 FINMAG erfasst ist.

## 2. Charakter des Berufsverbots gemäss Art. 33 FINMAG

### 2.1 Administrative oder strafrechtliche Sanktion: Ausgangslage

Im vorliegenden Urteil hatte das Bundesgericht zu entscheiden, ob das Verfahren bezüglich Erlass eines Berufsverbots i.S.v. Art. 33 FINMAG als strafrechtliche Anklage gemäss Art. 6 Ziff. 1 EMRK und Art. 14 Ziff. 3 lit. g UNO-Pakt II zu qualifizieren ist.

Vor diesem Hintergrund stellt sich hinsichtlich der Rechtsnatur und des Zwecks des Berufsverbots vorab die Frage, ob Art. 33 FINMAG überwiegend repressive oder aber präventive<sup>56</sup> Elemente enthält.<sup>57</sup> Gemäss Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kommt dem Berufsverbot vorrangig ein präventives Ziel zu.<sup>58</sup> In der Lehre hingegen wird Art. 33 FINMAG ein (primär) repressiver Charakter zugeschrieben, wobei der Norm präventive Anteile nicht gänzlich abgesprochen werden.<sup>59</sup> Nach der Botschaft kann die FINMA mit dem neuen Sanktionsinstrumentarium präventive und repressive Massnahmen ergreifen, welche u.a. die Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte sicherstellen sollen.<sup>60</sup> Es geht daraus nicht klar hervor, ob der Gesetzgeber präventive oder repressive Elemente als gewichtiger betrachtete. Da die Abgrenzung zwischen repressiver und präventiver Massnahme in der Praxis kaum relevant ist,<sup>61</sup> erscheint eine entsprechende, starre Qualifizierung der Norm als obsolet. Es kann jedoch festgehalten werden, dass Art. 33 FINMAG zumindest auch repressive Elemente enthält, da die FINMA fehlbaren Personen im Nachhinein eine Sanktion auferlegen kann. Nach

<sup>51</sup> BGer 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 2.2; *Braidì* (Fn. 42), 205; *Uhlmann* (Fn. 40), 448.

<sup>52</sup> So auch *Kuhn* (Fn. 19), 25.

<sup>53</sup> BSK-Hsu/Bahar/Flühmann (Fn. 21), N 13 zu Art. 33 FINMAG; *Kuhn* (Fn. 19), 27; *Zulauf/Wyss/Tanner et al.* (Fn. 19), 266; vgl. auch *Häfelin/Müller/Uhlmann* (Fn. 25), N 1493.

<sup>54</sup> BSK-Hsu/Bahar/Flühmann (Fn. 21), N 13 zu Art. 33 FINMAG.

<sup>55</sup> *Kuhn* (Fn. 19), 26; *Uhlmann* (Fn. 40), 448.

<sup>56</sup> Im Verwaltungsrecht wird zwischen präventiven und repressiven Massnahmen unterschieden. Erstere dienen dazu, Pflichtverletzungen zu verhindern, während repressive Massnahmen angeordnet werden, nachdem verwaltungsrechtliche Pflichten verletzt worden sind (sog. verwaltungsrechtliche Sanktionen); *Tobias Jaag*, Sanktionen, in: Biagini Giovanni/Häner Isabelle/Saxer Urs/Schott Markus (Hrsg.), *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, Zürich/Basel/Genf 2015, 933–965, N 23.3 ff.

<sup>57</sup> Ausführlich hierzu *Kuhn* (Fn. 19), 38 ff.

<sup>58</sup> BVGE 2013/59, E. 9.3.3; BVerfG B-5041/2014 vom 29. Juni 2015, E. 3.2.

<sup>59</sup> *Braidì* (Fn. 42), 212 f.; BSK-Hsu/Bahar/Flühmann (Fn. 21), N 6 zu Art. 33 FINMAG; *Graf* (Fn. 26), 1201; *Kuhn* (Fn. 19), 40 f.; *Uhlmann* (Fn. 40), 446; *Zulauf* (Fn. 40), 18.

<sup>60</sup> Botschaft (Fn. 19), 2849 u. 2882.

<sup>61</sup> *Kuhn* (Fn. 19), 40; *Zulauf* (Fn. 40), 18.

hier vertretener Ansicht überwiegen diese repressiven Elemente, da ein Berufsverbot nicht unabhängig von eingetretenen Pflichtverletzungen dazu dient, die korrekte Erfüllung verwaltungsrechtlicher Pflichten sicherzustellen.<sup>62</sup>

## 2.2 Berufsverbot als strafrechtliche Anklage?

Von besonderer praktischer Bedeutung ist demgegenüber die Frage, ob es sich bei Art. 33 FINMAG um eine strafrechtliche Bestimmung handelt. Eine entsprechende Qualifikation würde insbesondere zur Anwendbarkeit der in der EMRK verankerten Verfahrensgarantien führen.<sup>63</sup> Ferner besteht im Verwaltungsverfahren eine Mitwirkungspflicht (vgl. Art. 13 VwVG), während dem Beschuldigten im Strafprozess ein Schweigerecht zukommt.<sup>64</sup> Der EGMR prüft anhand dreier Kriterien, ob eine strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK vorliegt.<sup>65</sup> Das Bundesgericht hat diese Rechtsprechung übernommen: Eine strafrechtliche Anklage liegt demnach vor, wenn alternativ entweder das nationale Recht eine staatliche Massnahme dem Strafrecht zuordnet oder die Natur des Vergehens oder die Art und Schwere des Vergehens und/oder der Sanktionen für den strafrechtlichen Charakter sprechen.<sup>66</sup> Es genügt mithin, wenn eines der drei Kriterien erfüllt ist. Eine kumulative Anwendung des zweiten und dritten Kriteriums ist angezeigt, sofern eine eindeutige Beurteilung nicht

möglich ist.<sup>67</sup> Da die Kriterien im Einzelfall ausgelegt werden müssen und je nach vertretener Meinung zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können, verbleiben gewisse Unsicherheiten hinsichtlich der Qualifikation als «strafrechtliche Anklage».<sup>68</sup>

### 2.2.1 Erstes Kriterium: Zuordnung nach innerstaatlichem Recht

Das finanzmarktrechtliche Berufsverbot ist im dritten Kapitel des FINMAG als Aufsichtsinstrument und nicht im vierten Kapitel bei den Strafbestimmungen normiert. Auch in der Botschaft wird das Berufsverbot als aufsichtsrechtliche bzw. verwaltungsrechtliche Sanktion bezeichnet.<sup>69</sup> Der schweizerische Gesetzgeber hat Art. 33 FINMAG folglich formell dem Aufsichtsrecht zugeordnet.<sup>70</sup>

### 2.2.2 Zweites Kriterium: Natur des Tatbestands

Weniger eindeutig lassen sich die anderen beiden Kriterien beurteilen. In Bezug auf das zweite Kriterium – die wahre Natur des Tatbestands – ist insbesondere auf den Regelungsgegenstand und -zweck sowie den Adressatenkreis abzustellen.<sup>71</sup> Hinsichtlich der Normadressaten wird in diesem Zusammenhang geprüft, ob es sich um eine an sämtliche Bürger gerichtete Vorschrift handelt oder ob sie lediglich eine abgrenzbare Personengruppe mit besonderem Status betrifft.<sup>72</sup> Bei den strafbaren Handlungen gegen die Amts- und Berufspflicht (Art. 312 ff. StGB) kommen jedoch auch nur bestimmte Personengruppen wie zum Beispiel Beamte als Täter in Frage. Aus diesem

<sup>62</sup> Vgl. Jaag (Fn. 56), N 23.4.

<sup>63</sup> So bereits Martin Monsch/Hans Caspar von der Crone, Verfassungsrechtliche Erwägungen zu Informationsverboten der Finanzmarktaufsicht, SZW 87 (2015) 6, 651–667, 657 f.

<sup>64</sup> Uhlmann (Fn. 40), 441; ausführlich dazu Hansjörg Seiler, Das (Miss-)Verhältnis zwischen strafprozessualen Schweigerecht und verwaltungsrechtlicher Mitwirkungs- und Auskunftspflicht, recht (2005) 1, 11–20.

<sup>65</sup> Sog. «Engel»-Kriterien, zurückgehend auf das Urteil des EGMR i.S. Engel gegen Niederlande vom 8. Juni 1976, Serie A Nr. 22; ausführlich dazu Wolfgang Peukert, in: Frowein Jochen Abr./Peukert Wolfgang (Hrsg.), Europäische Menschenrechtskonvention, EMRK-Kommentar, 3. Aufl. 2009, N 25 ff. zu Art. 6 EMRK; betreffend die daraus abgeleiteten «Welch»-Kriterien vgl. Peter Popp/Anne Berkemeier, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Aufl., Basel 2013, N 10 zu Art. 1 StGB.

<sup>66</sup> BGE 139 I 72 E. 2.2.2; BGE 140 II 384 E. 3.2.1; BGer 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 3.4.

<sup>67</sup> Urteil des EGMR i.S. Dubus S.A. gegen Frankreich vom 11. Juni 2009, E. 36; Jacques Iffland, Les procédures d'enforcement de la FINMA, ou de la difficulté de coordonner les procédures coercitives administratives et les procédures pénales sous l'empire du nouveau CPP et de la LFINMA, in: Thévenoz Luc/Bovet Christian (Hrsg.), Journée 2010 de droit bancaire et financier, Zürich/Basel/Genf 2011, 132; Uhlmann (Fn. 40), 441.

<sup>68</sup> Vgl. dazu Simone Nadelhofer do Canto, Vermögenseinziehung bei Wirtschafts- und Unternehmensdelikten, Diss. Luzern 2008, 31 m.w.H.

<sup>69</sup> Botschaft (Fn. 19), 2849.

<sup>70</sup> Vgl. dazu BGer 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 3.4; Braidì (Fn. 42), 216; Kuhn (Fn. 19), 42; Uhlmann (Fn. 40), 442.

<sup>71</sup> Braidì (Fn. 42), 215; Graf (Fn. 26), 1201; Kuhn (Fn. 19), 42; Monsch/von der Crone (Fn. 63), 657 f.

<sup>72</sup> Braidì (Fn. 42), 216; Jens Meyer-Ladewig, EMRK Handkommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2011, N 24 zu Art. 6 EMRK.



Grund ist der eingeschränkte Adressatenkreis für sich allein betrachtet kein Argument, welches gegen den Strafrechtscharakter einer Norm spricht. Unabhängig davon ist zweifelhaft, ob sich das finanzmarktrechtliche Berufsverbot mit Disziplinarmaßnahmen gegenüber Anwälten gleichsetzen lässt. Von den Berufsgruppen der Anwälte oder auch der Ärzte unterscheiden sich die von Art. 33 FINMAG erfassten Personen in grundsätzlicher Weise dadurch, dass sie keinen – durch Verleihung eines Titels – gekennzeichneten Berufsstand darstellen.<sup>73</sup> Auch vor dem Hintergrund, dass die Organe und Mitarbeiter der Banken nicht direkt von der FINMA beaufsichtigt werden, ist ein rein disziplinarrechtlicher Charakter des Berufsverbots zu verneinen.<sup>74</sup> Adressat von Art. 33 FINMAG ist zwar nicht «jedermann»: Die Bestimmung richtet sich mit anderen Worten nicht an die Allgemeinheit, jedoch an eine unbestimmte Vielzahl von Personen. Diese Einschränkung potentieller Adressaten in Art. 33 FINMAG gereicht vorliegend weder zur Qualifizierung als Disziplinarnorm, noch zur definitiven Ablehnung des Strafcharakters der Bestimmung, zumal deren exakter persönlicher Anwendungsbereich umstritten ist.<sup>75</sup> Sodann ist festzuhalten, dass Art. 33 FINMAG, wie oben ausgeführt, repressive Elemente aufweist. Der Tatbestand von Art. 33 FINMAG, der in der schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen besteht,<sup>76</sup> weist per se nicht auf einen strafrechtlichen Charakter der Norm hin. Der Zweck eines Berufsverbots liegt im vorliegenden Fall in der Bestrafung von persönlichem Fehlverhalten und nicht im Schutz des Publikums bzw. des Markts, was auf einen strafrechtlichen Charakter hinweist.<sup>77</sup> Gleichwohl erlaubt es die Prüfung des zweiten Kriteriums im Ergebnis nicht, Art. 33 FINMAG eindeutig als strafrechtliche Massnahme zu qualifizieren.

### 2.2.3 Drittes Kriterium: Art und Schwere der Sanktion

Damit bleibt zu untersuchen, ob Art und Schwere der Sanktion für einen strafrechtlichen Charakter spre-

chen. Gemäss Art. 33 Abs. 2 FINMAG kann ein Berufsverbot für eine Dauer von bis zu fünf Jahren ausgesprochen werden. Das Untersagen der beruflichen Tätigkeit stellt ohne Zweifel einen schweren Eingriff in die Rechtsstellung des Betroffenen dar.<sup>78</sup> Insbesondere führt ein Berufsverbot zu einer Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 BV. Vor dem Hintergrund, dass im schnelllebigen Finanzmarkt noch mehr als in anderen Bereichen eine Abwesenheit von fünf Jahren die berufliche Qualifikation stark beeinträchtigt, ist ein entsprechendes Berufsverbot für Betroffene ohne weiteres lebensprägend.<sup>79</sup> Zudem ist davon auszugehen, dass ein Berufsverbot über die Dauer, für die es erteilt wird, hinaus Wirkung entfaltet.<sup>80</sup> Zu Recht wird deshalb auch darauf hingewiesen, dass die Wirkung eines Berufsverbots viel gravierender und dauerhafter ist als diejenige von bescheidenen Geldbussen, welche wiederum als strafrechtliche Sanktionen anerkannt werden.<sup>81</sup>

Die Tatsache, dass mit dem Berufsverbot vorliegend eine in der Vergangenheit liegende, persönliche Verfehlung sanktioniert wird, impliziert einen strafrechtlichen Charakter von Art. 33 FINMAG. Anders als beispielsweise bei einem Bewilligungsentzug wegen mangelhafter Berufsausübung eines Arztes oder Anwalts, wurde zur Rechtfertigung des vorliegenden Berufsverbots nicht mit dem präventiven Schutz des Markts oder Schutz des Publikums vor schwerem beruflichen Fehlverhalten argumentiert. Die Art der Begründung ist folglich entscheidend: Wird die Anordnung eines Berufsverbots damit begründet, dass das Risiko einer Pflichtverletzung und damit mangelhaften Berufsausübung durch die betreffende Person weiterhin, also auch in der Zukunft, besteht, überwiegt der aufsichtsrechtliche Charakter der Massnahme. Geht es hingegen lediglich darum, die betreffende Person für das in der Vergangenheit begangene Unrecht zu bestrafen und in diesem Sinne auch die Allgemeinheit general-präventiv von einem solchen Verhalten abzuschrecken, überwiegt beim entspre-

<sup>73</sup> Braidì (Fn. 42), 216; Iffland (Fn. 67), 135; a.A. Uhlmann (Fn. 40), 442, der die Ansicht vertritt, dass die disziplinarrechtliche Praxis im Anwaltsbereich auch für das Berufsverbot einschlägig sei.

<sup>74</sup> Iffland (Fn. 67), 135.

<sup>75</sup> Vgl. dazu vorne III.1.2; so auch Graf (Fn. 26), 1202.

<sup>76</sup> Vgl. dazu vorne III.1.1.

<sup>77</sup> Vgl. dazu sogleich III.2.2.3.

<sup>78</sup> Monsch/von der Crone (Fn. 63), 658; für Art. 34 FINMAG bereits Hans Caspar von der Crone/Matthias Maurer/Jan Hendrik Hoffmann, Revision Börsendelikte und Marktmissbrauch, SZW 83 (2011) 6, 533–546, 543.

<sup>79</sup> Uhlmann (Fn. 40), 442.

<sup>80</sup> Vgl. Braidì (Fn. 42), 217.

<sup>81</sup> Carlo Lombardini, La protection de l'investisseur sur le marché financier, Zürich/Basel/Genf 2012, Chap. XX N 45.

chenden Berufsverbot ganz eindeutig der strafrechtliche Charakter. Die Differenzierung in Bezug auf den zeitlichen Faktor könnte somit im Einzelfall auch bei einem finanzmarktrechtlichen Berufsverbot zum Ergebnis führen, dass dieses – im konkreten Fall – als administrative Massnahme zu qualifizieren wäre. Wie bereits erwähnt, wurde das Berufsverbot vorliegend jedoch gerade nicht damit begründet, dass der Beschwerdeführer auch in Zukunft eine Gefährdung für die Funktionsfähigkeit des Finanzmarkts darstelle. Vielmehr geht es darum, das Fehlverhalten des Beschwerdeführers im Zusammenhang mit der behaupteten schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Pflichten durch die Bank zu sanktionieren. Dementsprechend sind die bei strafrechtlichen Sanktionen anwendbaren Verfahrensgarantien der EMRK zu beachten.

Zu erwähnen ist schliesslich, dass Art. 67 Abs. 1 StGB für Tätigkeitsverbote eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe von über sechs Monaten oder eine Geldstrafe von über 180 Tagessätzen sowie eine Wiederholungsgefahr voraussetzt.<sup>82</sup> Folglich erachtete auch der Gesetzgeber ein Berufsverbot als besonders schweren Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen.<sup>83</sup>

#### 2.2.4 Fazit

Zusammenfassend ist das vorliegende Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG insbesondere aufgrund der Beurteilung des Wesens der Sanktion sowie der Art der Begründung als strafrechtliche Anklage i.S.v. Art. 6 Ziff. 1 EMRK zu qualifizieren. Aus diesem Grund ist die Absolutheit, mit der das Bundesgericht den strafrechtlichen Charakter von Art. 33 FINMAG verneint, abzulehnen. Ein Teil des Sanktionsinstrumentariums der FINMA kann strafrechtlicher Natur sein, was im Hinblick auf die von der FINMA beaufsichtigten Vermögenswerte nicht überraschend ist. Folglich muss das Enforcementverfahren in diesen Bereichen den für Strafverfahren geltenden Vorgaben der EMRK entsprechen. Entscheidend ist, ob im jeweiligen Verfahren der Schutz der Marktintegrität oder aber die Bestrafung eines in der Vergangenheit liegenden, persönlichen Fehlverhaltens im Vordergrund steht. Im letzteren Fall stehen der betroffenen Person verfahrensrechtliche Garantien zu, welche nicht abge-

schnitten werden dürfen. Um die Einhaltung dieser Rechte zu gewährleisten, ist eine gänzliche Umgestaltung des Verfahrens wohl nicht erforderlich.<sup>84</sup> Namentlich müsste die FINMA jedoch auf eine Auskunftspflicht bei Selbstbelastungsgefahr oder auf eine Beweiswürdigung zulasten einer Partei verzichten.<sup>85</sup>

### 3. Berufsverbot und Rechtskraft

#### 3.1 Ausgangslage

Im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht machte der Beschwerdeführer geltend, dass ihm die – hinsichtlich der schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen rechtskräftige – Verfügung der FINMA vom 30. August 2013 gegen die Bank nicht entgegengehalten werden dürfe, da er in diesem Verfahren nicht Partei gewesen sei und keine Beweisanträge stellen könne.<sup>86</sup> Das Bundesverwaltungsgericht war demgegenüber der Ansicht, es sei nicht zu beanstanden, dass die FINMA für die Anordnung des Berufsverbots gegen den Beschwerdeführer von der rechtskräftigen Feststellung der schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften durch die Bank ausgegangen sei bzw. die entsprechende Verfügung als Grundlage herangezogen habe.<sup>87</sup> Adressat der im konkreten Fall verletzten aufsichtsrechtlichen Bestimmungen sei regelmässig das beaufsichtigte oder ohne erforderliche Bewilligung tätige Institut, weshalb es auf der Hand liege, dass für die Anordnung eines Berufsverbots die Verletzung von aufsichtsrechtlichen Bestimmungen durch den Beaufsichtigten, mithin das beaufsichtigte Institut, als Grundlage herangezogen werden könne.<sup>88</sup> Das Verfahren gegen natürliche Personen könne zusammen mit dem Verfahren gegen das beaufsichtigte Institut erfolgen, oder nachgelagert sein, wobei Letzteres, wie vorliegend, dazu führen könne, dass einem nachmaligen Adressaten eines Berufsverbots im Verfahren gegen das beaufsichtigte Institut keine Parteirechte zukommen.<sup>89</sup>

<sup>82</sup> Ausführlich dazu Graf (Fn. 26), 1197 ff.

<sup>83</sup> Monsch/von der Crone (Fn. 63), 658.

<sup>84</sup> Ausführlich dazu Zulauf/Wyss/Tanner et al. (Fn. 19), 275 ff.

<sup>85</sup> Zulauf/Wyss/Tanner et al. (Fn. 19), 282.

<sup>86</sup> BVGer B-5041/2014 vom 29. Juni 2015, E. 3.5.2.

<sup>87</sup> BVGer B-5041/2014 vom 29. Juni 2015, E. 3.5.3.4.

<sup>88</sup> BVGer B-5041/2014 vom 29. Juni 2015, E. 3.5.3.3.

<sup>89</sup> BVGer B-5041/2014 vom 29. Juni 2015, E. 3.5.3.3.

### 3.2 Anwendbares Verfahrensrecht

Das Verfahren im Finanzmarktenforcement wird auch als «eingreifendes Verwaltungsverfahren» bezeichnet.<sup>90</sup> Ausgangspunkt ist das VwVG: Gemäss Art. 53 FINMAG richtet sich das Verfahren vor der FINMA nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren. Die Anfechtung von Verfügungen der FINMA richtet sich nach den Bestimmungen der Bundesrechtspflege (Art. 54 Abs. 1 FINMAG). Die FINMA muss ihre Verfügungen gemäss Art. 35 Abs. 1 VwVG begründen. Je schwerer der Eingriff, desto höhere Anforderungen gelten bezüglich der Begründungsdichte.<sup>91</sup> Die rechtliche Bindungswirkung des Dispositivs gilt nur *inter partes*.<sup>92</sup>

Es ist darauf hinzuweisen, dass die FINMA u.a. auch zur Anordnung und Durchführung von Sanierungs- und Konkursverfahren bei insolventen Banken und Effektenhändler zuständig ist.<sup>93</sup> Insbesondere im Sanierungsverfahren ist die Zeitkomponente entscheidend.<sup>94</sup> Der FINMA kommen in diesem Zusammenhang daher auch spezielle Kompetenzen zu.<sup>95</sup> Diese Verfahren sind jedoch klar abzugrenzen von anderen Verfahren, die in den Zuständigkeitsbereich der FINMA fallen, wie bspw. das vorliegend relevante Enforcementverfahren, in welchem – wie oben ausgeführt – die Verfahrensregeln des VwVG zur Anwendung kommen.

Zwar trifft es zu, dass das Verfahren der FINMA gegen das beaufsichtigte Institut entweder getrennt vom Verfahren gegen die natürliche Person oder aber unter Einbezug der Prüfung eines Berufsverbots bezüglich eines Mitarbeiters dieses Instituts geführt werden kann.<sup>96</sup> Allerdings darf das gewählte Vorge-

hen nicht dazu führen, dass die Verfahrensrechte einer Partei abgeschnitten werden. Im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht bzw. vor Bundesgericht kann die Nichtbeachtung von Parteirechten durch die FINMA nur teilweise geheilt werden.<sup>97</sup>

### 3.3 Fazit

Das Bundesgericht hält diesbezüglich fest, dass im vorliegenden (gegen die natürliche, für die Beaufsichtigte tätig gewesene Person geführten) Verfahren – ungeachtet der Tatsache, dass die Beaufsichtigte die an sie gerichtete Verfügung innert Frist nicht angefochten hat – rügegenäss eine Überprüfung der Tatbestandsmerkmale von Art. 33 FINMAG stattfinden müsse.<sup>98</sup> Eine in einem erneuten Verfahren verbindlich zu beachtende, materiell rechtskräftig beurteilte Vorfrage läge nur im Falle einer Entscheidung zwischen denselben Parteien vor.<sup>99</sup> Weiter führt das Bundesgericht aus, dass zwar die Pflicht, deren schwere Verletzung die Auferlegung eines Berufsverbots für eine natürliche Person rechtfertigt, der Beaufsichtigten und nicht der natürlichen Person selbst obliege, weshalb die Pflichtverletzung auch in einem aufsichtsrechtlichen Verfahren gegen die Beaufsichtigte beurteilt werde.<sup>100</sup> Dieser Umstand vermöge jedoch nichts daran zu ändern, dass die natürliche, für die Beaufsichtigte tätige oder tätig gewesene Person nicht Partei jenes Verfahrens gewesen sei und ihr somit der gegen die Beaufsichtigte ergangene Entscheid unter dem Gesichtspunkt der materiellen Rechtskraft wegen fehlender Identität der Parteien nicht entgegengehalten werden könne.<sup>101</sup>

Diese differenzierte Betrachtungsweise des Bundesgerichts ist positiv zu werten. Im Enforcementverfahren gelten klare Verfahrensbestimmungen, an die sich die FINMA halten muss. Abweichungen vom VwVG müssen funktional begründet und gesetzlich vorgesehen sein. Ein rechtmässiges Verfahren ist in diesem Bereich zentral, da ein solches für die Rechtfertigung und Akzeptanz der allenfalls daraus resultierenden Verurteilung (sprich: Erteilung des Berufs-

<sup>90</sup> Enforcement-Policy der FINMA, Grundsätze 3 und 6.

<sup>91</sup> Lorenz Kneubühler, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich/St. Gallen 2008, N 11 zu Art. 35 VwVG.

<sup>92</sup> Madeleine Camprubi, in: Auer Christoph/Müller Markus/Schindler Benjamin (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), N 24 zu Art. 61 VwVG.

<sup>93</sup> Vgl. Art. 24 ff. BankG sowie Art. 36a BEHG.

<sup>94</sup> Zulauf/Wyss/Tanner et al. (Fn. 19), 356.

<sup>95</sup> Vgl. Art. 26 BankG; ebenso die von der FINMA erlassene Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Effektenhändlern (BIV-FINMA) vom 30. August 2012.

<sup>96</sup> Vgl. Kuhn (Fn. 19), 53 f.; Zulauf/Wyss/Tanner et al. (Fn. 19), 102 f.

<sup>97</sup> Zulauf/Wyss/Tanner et al. (Fn. 19), 102 mit Hinweis auf BGE 126 II 71 E. 4.c) aa) (deutsche Übersetzung im EBK-Bulletin 40/2000, 95 ff.).

<sup>98</sup> BGer 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 2.3.

<sup>99</sup> BGer 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 2.3.

<sup>100</sup> BGer 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 2.3.

<sup>101</sup> BGer 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 2.3.

verbots) unerlässlich ist. Vorliegend besteht keine gesetzlich Grundlage, die Verfahrensrechte des Beschwerdeführers einzuschränken. Gemäss Ausführungen des Bundesgerichts habe die Vorinstanz das Vorbringen des Beschwerdeführers, der durch ihn (aktiv oder passiv) bewirkte Zustand bei der Bank könne nicht als schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen im Sinne von Art. 33 FINMAG qualifiziert werden, ungeprüft gelassen und damit die in den Art. 29 ff. VwVG spezialgesetzlich verankerte, aus dem verfassungsrechtlichen Gehörsanspruch (Art. 29 Abs. 2 BV) fliessende Berücksichtigungspflicht rechtserheblicher Vorbringen der Parteien verletzt: Dies komme angesichts von Art. 49 lit. a VwVG einer formellen Rechtsverweigerung gleich.<sup>102</sup> Anlässlich der Redaktion des neuen Urteils seien insbesondere die Vorgaben von Art. 61 VwVG und Art. 29 Abs. 2 BV zu beachten.<sup>103</sup>

#### 4. Schlussbemerkungen

Das Bundesgericht hat im Urteil BGer 2C\_739/2015 vom 25. April 2016 den strafrechtlichen Charakter des Berufsverbots nach Art. 33 FINMA verneint. Diese Qualifikation wurde im vorliegenden Beitrag aufgrund der Beurteilung der «Engel»-Kriterien kritisch hinterfragt. Starke Argumente gegen die Qualifikation des Berufsverbots als rein administrative Massnahme bestehen im Bereich des dritten Kriteriums (Art und Schwere der Sanktion). Entscheidend ist dabei insbesondere die Stossrichtung der angeordneten Massnahme: Wird die Anordnung des Berufsver-

bots – in die Zukunft gerichtet – mit dem Schutz des funktionsfähigen Finanzmarkts und des Publikums rechtfertigt oder handelt es sich um die Sanktionierung von – in der Vergangenheit liegendem – persönlichen Fehlverhalten?

Vor dem Hintergrund der in diesem Zusammenhang formulierten Bedenken ist zweifelhaft, ob der EGMR zum gleichen Ergebnis gelangen würde wie das Bundesgericht oder ob er ein Berufsverbot i.S.v. Art. 33 FINMAG vielmehr als eine unter Art. 6 Ziff. 1 EMRK fallende, strafrechtliche Anklage qualifizieren würde.

Demgegenüber sind die verfahrensrechtlichen Ausführungen des Bundesgerichts begrüssenswert. Bezüglich der Durchführung der Enforcementverfahren ist eine klare Ermahnung an die Adresse der FINMA auszumachen. In Verfahren des Finanzmarktenforcements und insbesondere dann, wenn ein Berufsverbot nach Art. 33 FINMAG zur Diskussion steht, hat die FINMA – wie jede andere Verwaltungsbehörde – die verfassungsrechtlichen sowie die vom VwVG vorgegebenen Anforderungen an ein rechtmässiges Verfahren einzuhalten. Vorliegend war ein solches nicht gewährleistet, da die FINMA hinsichtlich der Tatbestandsvoraussetzung der schweren Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen auf ihre rechtskräftige, an die Bank gerichtete Verfügung abgestellt hat. In der Folge hat auch das Bundesverwaltungsgericht diese von der FINMA eingeschlagene, unzulässige «Abkürzung» vorgenommen, weshalb diesbezüglich erst das Bundesgericht das Verfahren auf den rechten, wenn auch längeren Weg gewiesen hat.

<sup>102</sup> BGer 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 2.4.

<sup>103</sup> BGer 2C\_739/2015 vom 25. April 2016, E. 3.1; vgl. dazu vorne III.1.1 am Ende.